

Recurso 2840/2008 - Resolución: 41242 - Secretaría: UNICA

Santiago, veinticinco de noviembre de dos mil nueve.

VISTOS:

En estos autos N° 1.194-1996, rol del Juzgado de Letras de Pozo Almonte, caratulados Alejandro Papic Domínguez con Comunidad Indígena Aimara Chusmiza y Usmagama, por resolución de treinta y uno de agosto de dos mil seis, escrita de fojas 911 a 925, se hizo lugar a la solicitud de regularización de derechos de aprovechamientos de aguas presentada por Salvador Cayo Pérez, en representación de la Comunidad Indígena Aimara de Chusmiza-Usmagama, con un caudal de nueve litros por segundo a obtenerse del Socavón o Vertiente Chusmiza, ubicada en las coordenadas Este, 481.643,28 UTM y Norte, 7.823.917,13 UTM y de un litro por segundo a captarse del punto de devolución de las aguas efectuada por la sociedad Agua Mineral Chusmiza S.A.I.C., situado en las coordenadas Este, 480.828 UTM y Norte, 7.823.507 UTM, derechos que se reconocen con el carácter de consuntivos, de ejercicio permanente y continuo, y que se encuentran amparados por la presunción del artículo 64 de la Ley N° 19.253, desestimando así la oposición deducida por Alejandro Papic Domínguez, en representación de Agua Mineral Chusmiza S.A.I.C., sin costas.

Apelada esta decisión por la parte opositora, la Corte de Apelaciones de Iquique, por dictamen de nueve de abril de dos mil ocho, que rola de fojas 1.303 a 1.305 vuelta, la confirmó íntegramente.

En contra de este veredicto, el litigante vencido dedujo los recursos de casación en la forma y en el fondo que corren de fojas 1315 a 1362, aquél sustentado en el literal 6° del artículo 768 de l Código de Procedimiento Civil y éste, en los artículos 764 y siguientes del mismo estatuto.

Los autos se trajeron en relación a fojas 1386.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que por lo que toca a la casación en la forma, el recurrente sostiene que el laudo objetado incurre en la motivación del ordinal seis del artículo 768 del Código de Enjuiciamiento Civil, "por haber sido dada en contra de otra pasada en autoridad de cosa juzgada, siempre que ésta se haya alegado oportunamente en el juicio", puesto que no le atribuye importancia alguna al edicto que hace valer al respecto, atinente al emitido el treinta y uno de mayo de dos mil seis, por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, en los

autos N° 3695-05, que denegó un recurso de casación en el fondo entablado por la peticionaria en contra del fallo dictado por la Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago el dos de junio del año anterior, en la causa N° 6848-2002, que dejó sin efecto la resolución del Séptimo Juzgado Civil de Santiago que aceptó la demanda de nulidad de derecho público interpuesta por la Comunidad Indígena Aimara de Chusmiza-Usmagama en contra de las resoluciones de la Dirección General de Aguas N° 956, de once de diciembre de mil novecientos noventa y seis y N° 38, de veintiuno de enero de mil novecientos noventa y siete, que constituyeron a favor de Agua Mineral Chusmiza S.A.I.C. un derecho de aprovechamiento de aguas, por caudal de cinco litros por segundo en la vertiente o socavón de Chusmiza, comuna de Huara.

Asegura que al revocarse la declaración de nulidad, quedó establecido que el derecho de aprovechamiento de aguas de la empresa se encontraba ajustado a derecho, y por ende, que ésta era propietaria y poseedora inscrita del mismo, de conformidad con los artículos 20, inciso 1°, y 121 del Código de Aguas.

Agrega que aunque entre dicho proceso y el actual se da la triple identidad legal que exige el artículo 177 del Código de Instrucción Civil, el pronunciamiento impugnado, pese a que cita dicha sentencia, no la considera, con lo cual desconoce que su representada es propietaria y poseedora inscrita de un derecho de aprovechamiento consuntivo, de ejercicio permanente y continuo, recaído sobre las mismas aguas a las que se refiere la solicitud de regularización de la comunidad indígena de autos, comprometiéndose con ello la capacidad de toda la fuente, cuyo caudal no supera los diez litros por segundo. Detalla que existe identidad de partes, al igual que de cosa pedida, ya que en ambos juicios Agua Mineral Chusmiza reclama la propiedad del derecho real de aprovechamiento de aguas de uso consuntivo, de ejercicio permanente y continuo, por caudal de cinco litros por segundo en la vertiente o socavón de Chusmiza. Del mismo modo, existe identidad en la causa de pedir, pues en el litigio de nulidad de derecho público se solicitó la declaración de nulidad de las resoluciones de la Dirección General de Aguas que constituyeron a favor de su representada el derecho de aprovechamiento de aguas ya citado, en tanto, en este pleito la causa de pedir fue la regularización de un derecho de aprovechamiento de aguas por la Comunidad Indígena, a la que su parte se opuso en sede administrativa y posteriormente en la judicial, asilado, precisamente, en la circunstancia de ser el titular del derecho real de aprovechamiento de aguas en discusión.

Atento a lo expuesto, y dado que ambos juicios versan sobre idéntico asunto, cual es la

propiedad de los derechos de aprovechamiento sobre unas mismas aguas, el oponente indica en su libelo, que la apelación instaurada contra el fallo de primer grado debió ser admitida y, en consecuencia, requiere que se acoja el recurso de casación en la forma, se invalide el veredicto de alzada y se dicte uno de reemplazo que revoque el del juez a quo y niegue lugar a la petición de regularización de derechos de aprovechamiento de aguas formulada por la Comunidad Indígena Chusmiza Usmagama.

SEGUNDO: Que el recurso, en lo relativo a la casación formal alegada, no puede prosperar, toda vez que no se demostró el requisito de procedencia exigido en la parte final del N° 6° del artículo 768, consistente en haber sido propuesta oportunamente en la litis.

Empero, no obstante que el compareciente aparejó copia del laudo que menciona antes del pronunciamiento de primer grado, tal como consta a fojas 851, 880 y 906, no esgrimió en dicho estadio la excepción de cosa juzgada que regula el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil y tampoco lo hizo formalmente ante el tribunal superior, limitándose a afirmar en la letra D) de los fundamentos de su escrito de apelación que rola a fojas 928, que la resolución en revisión no hacía referencia alguna al dictamen expedido por esta Corte Suprema en los autos N° 3695-05, desconociendo con ello el derecho de aprovechamiento válidamente constituido por su parte.

Es así como al no haberse formulado ante los jueces de la instancia la excepción de cosa juzgada en tiempo y forma, ha precluído el derecho de la reclamante a plantearla en esta sede, lo que desde luego obsta a la procedencia del arbitrio sub judice.

TERCERO: Que, en lo que concierne a la casación en el fondo, se dice vulnerado, con influencia en lo dispositivo, el artículo 19, N° 24°, inciso final, de la Constitución Política de la República, por no reconocer el laudo refutado, la propiedad de su representada sobre los derechos de aprovechamiento de aguas válidamente constituidos sobre la vertiente o socavón Chusmiza y que corresponden a diez mil litros por día, otorgados por Decreto Supremo del Ministerio de Obras Públicas N° 1540, de tres de agosto de mil novecientos cuarenta y ocho, derecho que fue reconocido judicialmente por resolución de cuatro de febrero de mil novecientos ochenta y tres; cincuenta metros cúbicos por día, de los cuales, veintisiete coma cinco son no consuntivos y veintidós coma cinco de carácter consuntivos, constituidos por la resolución 406 de la Dirección General de Aguas e inscritos a fojas 5, N° 2, del Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces de Pozo Almonte y un derecho consuntivo de cinco litros por segundo, de carácter

permanente y continuo, constituido por las resoluciones de la mentada Dirección N° 956, de once de diciembre de mil novecientos noventa y seis y N° 38, de veintiuno de enero de mil novecientos noventa y siete, inscritos a fojas 4 vuelta, N° 4 y a fojas 9 vuelta, N° 5, del registro de propiedad de aguas del Conservador de Bienes Raíces de Pozo Almonte, de mil novecientos noventa y siete, cuya validez fue confirmada por la decisión de esta Corte Suprema extendida en los autos N° 3695-05. Destaca que dos de los derechos son de carácter no consuntivos, es decir, deben ser restituidos obligatoriamente en los puntos que indican los actos administrativos y son esos caudales los que utilizan los miembros de la comunidad, mediante su acopio en los pequeños embalses reguladores construidos por la Dirección de Riego para su posterior provecho, por lo que es falso el aserto que la colectividad no utiliza el agua después de la restitución de los caudales, incluso la distribución es fiscalizada por el alcalde de aguas de la comunidad.

En seguida delata conculcado el artículo 2° transitorio, inciso primero, del Código de Aguas, dado que el fallo recurrido en el basamento décimo aplica equivocadamente el inciso 2°, que trata sobre la regularización de los derechos de aprovechamiento que nunca han estado inscritos, ya que en esta situación la comunidad pretende normalizar derechos de aprovechamiento que están inscritos a nombre de su defendida y por ello, lo correcto era someter la solicitud a los términos de dicho inciso primero. Asimismo, yerra también el razonamiento cuarto, al exigir sólo dos requisitos, a saber, el cumplimiento de cinco años de uso ininterrumpido de las aguas a la fecha de entrada en vigencia del Código de Aguas y que la utilización haya sido libre de clandestinidad y violencia, omitiendo el tercer requisito, consistente en que las aguas se hayan usado "sin reconocer dominio ajeno", sobre el cual nada dice el edicto rebatido.

También se devela transgresión de los artículos 20 y 121 del Código de Aguas, que estatuyen que la posesión de los derechos constituidos por acto de autoridad se adquiere por la competente inscripción que se rige por todas las disposiciones sobre la propiedad raíz inscrita, en cuanto no hayan sido modificadas por el presente Código. Conforme a ello y a los artículos 724, 728 y 924 del Código Civil, la inscripción del derecho de aprovechamiento de aguas en el registro de aguas es requisito, prueba y garantía de la posesión del mismo. De esta manera, mientras subsista la inscripción y con tal que haya durado un año completo, no es admisible ninguna prueba de posesión que pueda amargarla. En otras palabras, es imposible admitir que la comunidad pueda adquirir la posesión de esos derechos, pues cualquier pretensión de la misma pasaría por una posesión violenta o clandestina, que se encuentra prohibida por el inciso 1° del artículo 2°

transitorio del Código de Aguas.

Igualmente, se queja del quebrantamiento de los artículos 64 y 3° transitorio de la Ley Indígena N° 19.253: aquél, porque tal precepto exige que las aguas se encuentren en terrenos de la comunidad, lo que no se da en la especie, pues las tierras donde se ubica la vertiente o socavón son de su poderdante, al igual que los derechos de agua que de ella emanan. A su vez, se violenta el artículo 3° transitorio, porque esta norma no puede servir de apoyo para acreditar el cumplimiento de los requisitos que exige el artículo 2° transitorio, inciso 1°, del Código de Aguas, desde el momento que se trata sólo de un principio general para concretar la protección de los bienes a que se refiere dicho precepto, que no pueda afectar o menoscabar los derechos legítimamente constituidos. En otro ámbito, reprueba error de derecho en el fallo del tribunal superior, por traer a cuento en su raciocinio primero, normas de derecho internacional público que no son aplicables en la especie, como son, la Resolución 61/295 de la Asamblea General de la ONU, sobre los derechos de los pueblos indígenas, por no ser vinculante para los estados miembros y no ser una fuente formal del derecho interno y el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, acompañado por la apelada, al tener sólo un resultado relativo, que afecta exclusivamente a los contendientes y respecto de la materia objeto de la controversia, lo cual configura un principio general del derecho, consagrado por lo demás en el artículo 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Finalmente, aduce que la inobservancia de toda esta normativa ha significado desconocer un derecho constituido originariamente por acto de autoridad, en favor de su mandante, en circunstancias que siempre ha ejercido las acciones tendientes a oponerse al pedido de regularización de la Comunidad Indígena, por lo que es un error sostener en el pronunciamiento que no ha existido controversia acerca del legítimo dueño del derecho de aprovechamiento de las aguas, y que, por ende, los solicitantes hayan usado las aguas sin violencia ni clandestinidad.

En mérito a lo anterior, impetra invalidar el pronunciamiento recurrido y dictar sentencia de reemplazo que revoque el ad quem y, en cambio, se declare que no ha lugar a la solicitud de regularización de derechos de aprovechamiento de aguas presentada por la comunidad indígena de Chusmiza-Usmagama.

CUARTO: Que en lo relativo a la contravención constitucional invocada, conviene precisar que el texto fundamental, luego de garantizar a todas las personas, en el inciso primero del artículo 19, N° 24°, el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda

clase de bienes corporales o incorporales, añade en su inciso final que "los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos".

De las expresiones "reconocidos o constituidos" empleadas por la norma en comento, surge con nitidez que no sólo están garantizados a nivel constitucional los derechos de aprovechamiento de aguas constituidos originariamente por acto de autoridad, en los términos del artículo 20 del Código de Aguas, sino también aquellos que han sido reconocidos en conformidad a la ley, a partir de distintas y especiales situaciones de hecho, entre las cuales emergen los usos consuetudinarios de aguas reconocidos a favor de las comunidades indígenas en el artículo 64 de la Ley N° 19.253, de mil novecientos noventa y tres, sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas. Sobre este tópico es útil dejar en claro que la eventual ausencia de inscripción de los derechos de aguas consuetudinarios no acarrea su inexistencia, sino sólo la falta de su formalización registral y así, precisamente porque el derecho existe, se le reconoce por la ley y sólo para efectos de tener certeza sobre su entidad, ubicación de los puntos de captación de las aguas y precisión del uso del recurso hídrico, se ha creado un sistema de regularización que permite su ulterior inscripción.

Ajustándose a ello, el fallo criticado, al confirmar el de primer grado que aceptó la regularización de un derecho de aprovechamiento de aguas reconocido por la ley, no ha hecho más que asegurar a la Comunidad Indígena Aimara de Chusmiza-USmagama el ejercicio de la garantía constitucional del derecho de propiedad sobre las aguas reconocido a su favor por el legislador.

Por lo demás, el laudo censurado no ha negado ni desconocido la existencia ni la propiedad de los derechos de aprovechamiento de aguas constituidos por la empresa Agua Mineral Chusmiza, al contrario, ha hecho suyo lo afirmado en el dictamen a quo, en orden a que en la especie se da una innegable coexistencia de los derechos de ambas partes, cuestión de hecho respecto de la cual, por no haberse reclamado infracción de normas reguladoras de la prueba, no puede ser modificada o alterada por este máximo tribunal, contexto en el cual no se divisa vulneración alguna a la regla constitucional mencionada por el recurrente.

QUINTO: Que la recurrente también arguye violación del inciso primero del artículo 2° transitorio del Código de Aguas, desde que a pesar que la Comunidad Indígena ha solicitado la regularización de derechos ya inscritos a nombre de su representada, no se

ha aplicado dicha norma, sino el inciso segundo de tal precepto, que no resulta procedente pues este último trata la regularización de derechos no inscritos, que no es el caso, deficiencia que, a su vez, trajo aparejado que el edicto del superior no exigiera probar que la utilización de las aguas se realizaba sin reconocer dominio ajeno.

Desde luego, es menester recordar que en este juicio lo regularizado corresponde a derechos ancestrales de la comunidad indígena solicitante, cuyos miembros desde tiempos inmemoriales han efectuado un uso ininterrumpido de las aguas que requieren normalizar para el consumo humano, animal y de riego. De esto se deriva que el derecho de aprovechamiento de aguas reconocido a la respectiva comunidad Aimara es entonces anterior a cualquier constitución originaria por acto de autoridad de derechos de aprovechamiento de aguas realizada a favor de terceros y como corolario de ello, resulta previo al origen de los derechos inscritos de la sociedad recurrente. Lo anterior es, por cierto, un asunto de hecho que se ha estimado acreditado tanto por el juez de primer grado como por el tribunal de alzada y que esta Corte está impedida de modificar por la vía de la casación.

De acuerdo a lo antes razonado, los jueces recurridos han actuado correctamente al determinar que la solicitud se ajusta a la hipótesis contemplada en el inciso segundo del artículo 2° transitorio, por lo que parece oportuno reproducir lo señalado a este propósito por el tribunal *ad quem* en el motivo décimo del fallo cuestionado, en el sentido que: "la sentencia recurrida se ha limitado a regularizar derechos preexistentes al verificar que las aguas reclamadas por la Comunidad Indígena han sido utilizadas por ésta en los términos establecidos en el inciso segundo del artículo 2° transitorio del Código de Aguas, derechos consuetudinarios que inclusive son anteriores a los de la sociedad demandante".

En este contexto, se hace necesario precisar que no se están concediendo administrativamente nuevos derechos sino que simplemente se regulariza un uso inmemorial del recurso hídrico reconocido por el legislador en el artículo 64 de la Ley N° 19.253 como un derecho de ciertas comunidades indígenas y que se ha reflejado, en la especie, en actos positivos de señor y dueño que, sin duda, descartan reconocer dominio ajeno, como lo son la construcción del socavón del cual emanan las aguas, de los estanques de acopio, del canal conductor, de las terrazas de cultivo, además del mismo asentamiento humano reflejado en las modestas casas que conforman los poblados de Chusmiza y Usmagama, aspectos fácticos sobradamente demostrados en la causa y consignados expresamente en el motivo décimo del edicto en revisión.

Acorde con lo razonado, parece necesario resaltar lo sostenido por este máximo tribunal en la causa 986-03, cuando expresa que: "no puede sino concluirse que el procedimiento del tantas veces citado artículo 2º transitorio del Código sobre la materia, permite regularizar y no constituir derechos, pues los que se normalizan existen previamente y su propiedad no está en discusión, pues emana de la ley. Se trata de una norma procesal no sustantiva, que sólo tiene por objeto regular la forma de inscripción de un derecho que, como ocurre en la especie, no está inscrito, pero sí reconocido legalmente. La regularización importa determinar, en la etapa procesal pertinente, si la petición cumple los requisitos indicados en dicha normativa y si el caudal que se pretende, es el efectivamente utilizado en la forma y términos previstos por el legislador".

De este modo, amén que el otro defecto repudiado atenta contra los hechos asentados por los jueces del fondo, aquél tampoco resulta efectivo, lo que por cierto es suficiente justificación para su denegación.

SEXTO: Que la transgresión de los artículos 20, inciso primero, y 121 del Código de Aguas, en consonancia con los artículos 724, 728 y 924 del Código Civil, aun cuando es efectivo que consagran que la posesión de los derechos de aprovechamiento de aguas constituidos por acto de autoridad se adquiere por la competente inscripción y que mientras ésta subsista y con tal que haya durado un año completo, no es admisible ninguna prueba de posesión con que se pretenda amenazarla, tampoco puede ignorarse que tales disposiciones rigen los derechos constituidos por acto de autoridad, más no los reconocidos en conformidad a la ley, pues la adquisición de estos últimos se produce a partir de ciertos usos y costumbres y, por tanto, no requieren de la respectiva inscripción para la prueba de su existencia.

Tal como lo explica el autor Alejandro Vergara Blanco, estos derechos de aprovechamiento de aguas -los reconocidos por la ley-, "surgen como tales en cuanto la legislación, el ordenamiento jurídico, reconoce la legitimidad del uso consuetudinario de las aguas, o de las que se encuentran en una situación especial. Son, a su vez, de varias clases. Así, en primer lugar, pudieron haberse iniciado consuetudinariamente, pero una vez reconocidos tales usos por la legislación, pasan a tener la categoría de derechos; y una vez que esos usos consuetudinarios tienen la categoría de derechos, al mismo tiempo ocupan un lugar equivalente en cuanto a potencia, en cuanto a posibilidades, en cuanto a protección, a aquel lugar que ocupan los derechos constituidos. En segundo lugar, hay otros usos que la ley reconoce como derechos mínimos o limitados al cumplimiento de ciertos requisitos de hechos, fijados por ella misma. En tercer lugar,

existen otros derechos antiguos reconocidos por la legislación" (Vergara B., Alejandro, Derechos de Aguas, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 1998, páginas 321 y 322). Dentro de esta última tipología de derechos, este autor precisamente incluye aquellos reconocidos en favor de las comunidades indígenas por el artículo 64 de la Ley Indígena, agrega que "todos estos derechos así reconocidos carecen usualmente de formalización o inscripción, a menos que los titulares, voluntariamente, hayan procedido a hacerla, utilizando, en su caso, las vías de los artículos 1°, 2° o 5° transitorios del Código de Aguas, según los casos" (ob. cit., página 338).

Además, cabe tener en cuenta que en este procedimiento la comunidad solicitante no ha pretendido contradecir los derechos constituidos por Agua Mineral Chusmiza en el afluyente en cuestión, sino regularizar sus derechos preexistentes y ancestrales sobre el recurso hídrico reconocidos en el artículo 64 de la Ley N° 19.253, publicada en el Diario Oficial el cinco de octubre de mil novecientos noventa y tres, que prescribe: "Se deberá proteger especialmente las aguas de las comunidades Aimaras y Atacameñas. Serán considerados bienes de propiedad y uso de la Comunidad Indígena establecida por esta ley, las aguas que se encuentren en terrenos de la comunidad, tales como los ríos, canales, acequias y vertientes, sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad al Código General de Aguas".

La tesis propuesta por el impugnante, que mientras dure la inscripción del derecho de aprovechamiento de aguas a favor de su representada es imposible admitir que la comunidad pueda adquirir la posesión de esos derechos, amén de partir de un supuesto fáctico no acreditado, cual es que la presente regularización verse sobre los mismos derechos de los que su parte es titular, en caso de ser acogida, implicaría exigir a la comunidad indígena probar el uso ancestral de las aguas cuya regularización impetra, sólo mediante la respectiva inscripción de dominio a su favor, situación que resulta absolutamente impracticable en la hipótesis del inciso segundo del artículo 2° transitorio del Código de Aguas, -aplicada en la especie-, ya que precisamente trata la regularización de derechos que no se encuentran inscritos a nombre del requirente. En todo caso, esta alegación resulta también contraria a la situación reglada en el inciso primero de la indicada disposición segunda transitoria, pues en ésta justamente se posibilita la regularización de derechos inscritos utilizados por personas distintas de su titular, cuando se compruebe el uso ininterrumpido por parte de estos últimos durante un lapso de cinco años anteriores a la entrada en vigencia del Código del ramo, siempre que se haya realizado libre de clandestinidad o violencia y sin reconocer dominio ajeno, todo lo cual

implica necesariamente que es admisible la prueba de la posesión de los derechos que se regularizan, aunque exista una inscripción a favor de terceros y de ello se deriva que en el procedimiento de normalización de derechos que regula la mentada norma segunda transitoria, no tiene aplicación lo dispuesto en el artículo 924 del Código Civil. Sin perjuicio de lo anterior, con esta alegación la empresa opositora ha intentado poner en duda el cumplimiento del requisito de falta de clandestinidad o violencia en el uso de las aguas materia de la regularización, lo que importa discutir los hechos asentados por los jueces del fondo, análisis que, por cierto, es una razón más para desestimarla. En efecto, el uso de las aguas por el tiempo requerido, sin violencia ni clandestinidad, como también la coexistencia de los derechos de ambas partes, son asuntos de hecho establecidos por los sentenciadores de la instancia, que resultan inamovibles para este tribunal, sobre todo si se considera, tal como se ha advertido previamente, que el compareciente no ha denunciado atropello a las normas reguladoras de la prueba que permitan a esta Corte, revisar y, eventualmente, enmendar los hechos de la causa.

SEPTIMO: Que esta Corte tampoco vislumbra quebrantamiento alguno al artículo 64 de la Ley Indígena, porque la interpretación que los jueces del fondo han realizado de la expresión "terrenos de la comunidad", referida a aquellas tierras que, pese a ser de dominio ajeno, hayan sido utilizadas ancestralmente por los pueblos indígenas, es la única que posibilita el cumplimiento del deber de la sociedad en general y del Estado en particular, de respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación (artículo 1°, inciso tercero, de la Ley N° 19.253).

Así, no ofrece duda que el reconocimiento de derechos que el artículo 64 hace a favor de las comunidades Aimaras y Atacameñas, no se refiere sólo a las aguas ubicadas en inmuebles inscritos de propiedad de la comunidad, sino también a las aguas que, no obstante estar situadas en predios inscritos a favor de terceros, abastezcan a la colectividad indígena, pues lo que esta norma busca proteger es, esencialmente, el abastecimiento de agua para dichas comunidades indígenas, lo que sólo se logra con la aplicación de la regla en estudio, en la forma en que ha sido entendida por los jueces del grado, lo que esta Corte comparte.

Con esta interpretación que garantiza el suministro de agua para las comunidades autóctonas en comento, se logra cumplir con los objetivos expresados en el Mensaje Presidencial que dio impulso a la actual Ley Indígena, referido a que: "Con respecto a la

defensa y protección de los recursos con que cuentan las comunidades, el presente proyecto propone en su Título Segundo una legislación seria y responsable, que permita que se desarrolle la vida de esos pueblos. En el curso de nuestro mandato presidencial esperamos regularizar la propiedad de las tierras y aguas, asegurando, de este modo, a las comunidades posibilidades ciertas de desarrollo". "La situación de las comunidades del Norte Grande del país se ve afectada por la disputa de los recursos hídricos. Creemos de gran importancia que esta ley, junto a las modificaciones que hemos presentado al H. Congreso, del Código de Aguas, regule estos recursos de manera que sea posible la perduración de la vida humana en los pueblos y villas del norte del país. Creemos que sería un grave error que la población del norte del país se concentrara solamente en tres ciudades costeras importantes, abandonando el interior como consecuencia de una planificación defectuosa de los recursos de agua que son fundamentales para el desarrollo de la vida humana" (páginas 504 y 506 del Boletín N° 514-01 de la Cámara de Diputados).

Ello resulta coherente con el artículo 65 de la Ley en comento, que expresa: "La Corporación, sin perjuicio de lo establecido en las normas del Fondo de Tierras y Aguas Indígenas, incentivará programas especiales para la recuperación y repoblamiento de pueblos y sectores actualmente abandonados en las etnias aimaras y atacameñas". Por consiguiente, es indudable que el eje central de la protección dada a las aguas indígenas reside en la idea del repoblamiento de las comunidades andinas, para lo cual parece esencial que puedan disponer de los recursos hídricos necesarios para su subsistencia y desarrollo.

Por otra parte, también resulta orientador, al determinar la correcta aplicación del mentado artículo 64, considerar el Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el veintisiete de junio de mil novecientos ochenta y nueve y que fue publicado en el Diario Oficial el catorce de octubre de dos mil ocho, cuyo artículo 15, N° 1°, preceptúa que: "Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente", disposición que debe relacionarse con el artículo 13, N° 2°, del mismo Convenio, cuando señala: "La utilización del término `tierras' en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera".

En virtud de lo razonado precedentemente, no obstante ser un hecho no controvertido por los litigantes que la fuente de agua que abastece a la comunidad solicitante, denominada Socavón o Vertiente Chusmiza, se ubica en un predio inscrito a nombre de la empresa opositora Agua Mineral Chusmiza, lo que por lo demás consta en la respectiva inscripción de dominio que obra a fojas 68, tal circunstancia no impide aplicar la protección especial contenida en el artículo 64 de la Ley Indígena, que consagra una presunción de dominio y uso de las aguas de las Comunidades Indígenas Aymaras y Atacameñas, ya que no resulta acorde con el espíritu de la ley ni con el instrumento internacional aludido, restringir la presunción sólo a las aguas que escurren en terrenos de propiedad de la comunidad, sino que, tal como lo hicieron los jueces del grado, los términos "terrenos de la comunidad" deben interpretarse en consideración al objetivo final buscado por la norma, cual es garantizar el abastecimiento de las aguas y que es precisamente lo que pretende la comunidad peticionaria, lo que por cierto es coherente con entender que la protección alcanza a todas las aguas que se emplazan en los territorios que, desde tiempos precolombinos, han sido ocupados o utilizados de alguna manera por las comunidades beneficiadas.

OCTAVO: Que, en armonía con lo manifestado en las reflexiones precedentes, resulta palmario que tampoco se ha infringido el inciso segundo del artículo 3° transitorio de la Ley N° 19.253, cuando prescribe: "Igualmente, la Corporación y la Dirección General de Aguas, establecerán un convenio para la protección, constitución y reestablecimiento de los derechos de aguas de propiedad ancestral de las comunidades aimaras y atacameñas de conformidad al artículo 64 de esta ley.

Por eso es un error de la parte recurrente sostener que los jueces del fondo hayan empleado dicha norma como fundamento para acreditar el cumplimiento de los requisitos que exige el artículo 2° transitorio del Código de Aguas, por cuanto el tribunal ad quem, en el razonamiento tercero del edicto atacado, se limitó a citarla a propósito de la labor legislativa desarrollada dentro del marco constitucional del inciso final del artículo 19, N° 24°, de la Constitución Política de la República, relativo a la protección de los derechos "reconocidos de acuerdo a la ley", afirman los jueces que, a partir de esa disposición y del artículo 64 de la Ley Indígena, se han reconocido y protegido "los recursos naturales que desde la época precolombina son utilizados por la comunidades indígenas andinas, quienes actúan y se sienten poseedores de derechos ancestrales sobre las aguas existentes en los terrenos en que se encuentran asentadas".

De suerte que la aplicación en el laudo de que se trata de la normativa de la Ley Indígena analizada, no tuvo otro sentido que dejar establecido que, precisamente, en tales preceptos quedan reconocidos legislativamente los derechos ancestrales de las comunidades aimaras y atacameñas sobre sus aguas, reconocimiento que además de garantizar su protección constitucional, permite solicitar su regularización y posterior inscripción.

A mayor abundamiento resulta incuestionable que la sentencia recurrida, entre los racionios quinto al octavo, ha efectuado un completo y acabado análisis del cumplimiento de los requisitos exigidos para la regularización de derechos de aprovechamientos de agua, conforme al artículo 2° transitorio, inciso segundo, del Código de Aguas, cuyos fundamentos fácticos son hechos de la causa que han quedado fijados de manera definitiva y que no es posible alterar por esta vía, en la forma en que lo ha intentado el presente arbitrio.

NOVENO: Que, por último, también se ha reclamado error de derecho en el fallo del *ad quem*, por citar en su motivo primero, reglas de derecho internacional público que no son aplicables en la especie, a saber, la Resolución 61/295 de la Asamblea General de la ONU, sobre los derechos de los pueblos indígenas y un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, acompañado por la apelada.

Sobre el tema es preciso advertir que la sentencia de la Corte de Apelaciones de Iquique, simplemente se limitó a mencionar en las letras b) y c) del numeral 2 de su basamento primero, a propósito de la prueba acompañada en esa instancia por la parte apelada, la resolución y el fallo que señala el oponente, sin embargo, de la lectura íntegra del dictamen, no se aprecia que dicha prueba haya sido considerada para resolver el asunto sometido a su conocimiento, conforme con lo cual, no puede haber infracción alguna de los recurridos con respecto a los instrumentos cuestionados y menos aún con influencia en lo dispositivo de lo resuelto, razón suficiente para restar asidero al vicio denunciado.

DÉCIMO: Que, con arreglo a tales elucubraciones debe concluirse que los jurisdicentes no han incurrido en las contravenciones de derecho reprochadas por el compareciente, sino que decidieron con estricto apego a la normativa legal vigente sobre regularización de derechos de aprovechamientos de aguas reconocidos por la ley a favor de las comunidades indígenas aimaras y atacameñas, lo que hace fuerza para desechar el recurso de casación en el fondo promovido por la parte opositora.

Y visto, además, lo que disponen los artículos 764, 767 y 768, N° 6°, del Código de Procedimiento Civil, **SE RECHAZAN**, con costas, los recursos de casación en la forma y en el fondo formalizados en lo principal y en el primer otrosí de la presentación de fojas 1315 a 1362, contra la sentencia de nueve de abril de dos mil ocho, que se lee de fojas 1303 a 1305 vuelta, la que, en conclusión, no es nula.

Se previene que el Ministro señor Ballesteros no comparte el contenido de los párrafos quinto y sexto del fundamento séptimo.

Regístrese y devuélvase con sus documentos y agregados.

Redacción del Ministro señor Rodríguez.

Rol N° 2840 – 08.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y el abogado integrante Sr. Luis Bates H.

Autorizada por la Secretaria de esta Corte Suprema Sra. Rosa María Pinto Egusquiza.

En Santiago, a veinticinco de noviembre de dos mil nueve, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.